BOLETÍN MERCANTIL Nº 4

Diciembre 2010

SUMARIO

- 1. DERECHO SOCIETARIO**
- 2. DERECHO DE LOS MERCADOS FINANCIEROS**
- 3. CONTRATOS MERCANTILES**
- 4. DERECHO CONCURSAL**
- 5. COMPETENCIA DESLEAL Y PUBLICIDAD**
- 6. NORMATIVA EN TRAMITACIÓN**

BOLETÍN MERCANTIL Nº 4 Diciembre 2010

SUMARIO DETALLADO

1.- DERECHO SOCIETARIO

TEMAS ACTUALES

- Proyectos, modificaciones ya aprobadas y procesos que se cruzan en la reforma del Derecho de sociedades.

JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

- Administrador de una SL que presta servicios en calidad de abogado. Derecho a percibir honorarios (STS 28-09-2010).

2.- DERECHO DE LOS MERCADOS FINANCIEROS

TEMAS ACTUALES

- Folletos y transparencia: Directiva 2010/73/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre.
- Autoridad Europea de Supervisión.
- Directiva 2010/76/UE: una modificación de las políticas de retribución variable de los altos directivos de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión.
- Nueva regulación de los mercados secundarios oficiales de futuros y opciones (RD 1828/2010).

JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

- Suelos, techos e hipotecas.
- Condena a Openbank por un error en una transferencia (SAP Lugo 9-10-2010).

3.- CONTRATOS MERCANTILES

TEMAS ACTUALES

- El Parlamento Europeo aprueba la reforma de la Directiva de morosidad.

JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

- No puede anticiparse la cuantía de la indemnización por clientela del agente (STS 8-10-2010).
- Nueva sentencia del TS sobre los contratos de abanderamiento de las gasolineras (STS 28-10-2010).

4.- DERECHO CONCURSAL

- Calificación concursal y responsabilidad de administradores (SAP Madrid, 28-09-2010).
- Procedimiento tributario de apremio y embargo, y Ley Concursal (Auto del Juzgado de lo Mercantil 2 de Barcelona, 6-10-2010)
- Leasing y Concurso (SAP Barcelona, 9-11-2010).

5.- COMPETENCIA DESLEAL Y PUBLICIDAD

- Mahou podrá seguir patrocinando a la selección española de Baloncesto, por ahora.

5.- NORMATIVA EN TRAMITACIÓN

- Proyecto de Ley por la que se modifican la Ley de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros, la Ley del Mercado de Valores y el Real Decreto Legislativo sobre adaptación del derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas.

1. DERECHO SOCIETARIO

TEMAS ACTUALES

Proyectos, modificaciones ya aprobadas y procesos que se cruzan en la reforma del Derecho de sociedades. Por Andrés Recalde

1.- Introducción. Hace pocas semanas el objeto de esta nota iba a ser las reformas en marcha en el Derecho de sociedades y, en particular, las que pretendían modificar la LSC. De una de ellas ya se habló aquí en su tiempo. El Proyecto de Ley de Economía Sostenible estaba, y está, pendiente de una próxima aprobación. Este texto tenía por objeto, entre otras cuestiones, la modificación parcial del régimen de remuneración de administradores (en “Boletín Mercantil nº 2), pero también se preveían otros cambios entre los que destacaban los que afectarán a nuevos sistemas de constitución de sociedades mercantiles más ágiles, baratos y sencillos que los actuales.

El otro texto prelegislativo en marcha es el Anteproyecto de Ley de Adaptación del Derecho español a la Directiva 2007/2007/36/CE de Derechos del socio de las sociedades de capitales, que debería haberse traspuesto en agosto de 2009. Este texto ha superado ya el trámite del dictamen del Consejo de Estado y se encuentra pendiente de ser presentado al Parlamento. En él se prevé una modificación importante del capítulo de la LSC relativo a las sociedades cotizadas. Pero también se prevén reformas de ámbito general dirigidas a reducir los costes de las sociedades de capitales y a eliminar diferencias entre SA y SRL, que no se contemplaron en la LSC por exceder de la habilitación al Gobierno. Esos cambios se refieren fundamentalmente a la convocatoria de la junta general, extendiéndose la posibilidad de que esta se realice, como en el caso de las SRL, a través de una comunicación individual y escrita a los socios (salvo en el caso de la SA cotizada o de que la SA hubiera emitido acciones al portador), y a la supresión de los anuncios en prensa que se exigen para varios actos societarios (convocatoria y otros actos societarios). También se prevé extender a la SA la posibilidad, que solo se contempla prevista en el régimen de administración de las SRL, de establecer dos o más modos alternativos de órgano de administración. El Anteproyecto regula también el régimen del administrador persona jurídica, imponiendo la responsabilidad solidaria de la persona jurídica y del representante de ésta. Se faculta igualmente a los consejeros que representan 1/3

del consejo a convocar el Consejo cuando el presidente no lo hiciera después de ser requerido para ello. En fin, el Anteproyecto corrige la descoordinación actual (que se arrastra desde 2005) entre los arts. 176 y 168. II LSC en materia de plazos para la convocatoria de la junta de la SA, cuando esta convocatoria se realiza a instancia de la minoría, para lo que se establecería un plazo de 2 meses. Sin embargo, en el intervalo, y aún pendientes de que estos textos culminen su periplo legislativo, se ha aprobado un texto de rango legal con dos grupos de reformas que inciden en el régimen de las sociedades de capital y que en buena medida vacían el sentido de aquellos textos. En efecto, el RD-Ley 13/2010, de 3 de diciembre (conocido sobre todo porque supuso la aprobación del nuevo modelo de calendario y horario de trabajo de los controladores aéreos, y que desencadenó lo que de todos es sabido), trató de otras cuestiones directamente relacionadas con el Derecho de sociedades. Interesan sobre todo sus artículos 5 y 6.

2.- Constitución. El art. 5 establece varias opciones cuyo objetivo es simplificar y aparatar la constitución de sociedades mercantiles mediante el uso de de la telemática. Este nuevo régimen en materia de constitución se superpone al previsto desde 2003 para las Sociedades Limitadas de Nueva Empresa. La Ley que reguló estas nuevas formas de sociedad creó la red CIRCE, que permitía con un Documento Único Electrónico (DUE) la conexión telemática (ahora regulado en la disp. ad. 3ª LSC) a los efectos de la constitución de aquel tipo de sociedades. Esta vía se extendió en 2006 a las Sociedades de Responsabilidad Limitada en general (Real Decreto 1332/2006, de 21 de noviembre) y en el año 2010 a los Empresarios Individuales (Real Decreto 368/2010, de 26 de marzo).

El nuevo art. 5 RD-Ley 13/2010 crea varios procedimientos de constitución en los que se permite el uso de la telemática:

A) Entre los supuestos afectados interesa, en primer lugar, el previsto en el art. 5.2, que establece un procedimiento de constitución, que podría calificarse de “supersimplificado”. Se aplica a las SRL cuyos estatutos se adapten a alguno de los modelos que apruebe el Ministerio de Justicia y siempre que su capital no sea superior a 3.100 euros (o sea, sociedades con un capital entre 3000 y 3100 euros). Este modelo de estatutos se aprobó por la Orden Ministerial de 9 de diciembre (BOE del 11 de diciembre). En este caso, el notario debe otorgar la escritura de constitución en el mismo día en el que, aportados todos los antecedentes necesarios para ello, reciba la certificación negativa de denominación expedida

por el Registro Mercantil Central. El registrador mercantil procederá a la calificación e inscripción dentro del plazo de las 7 horas hábiles siguientes a la recepción telemática de la escritura, entendiéndose que a estos efectos son horas hábiles las que queden comprendidas dentro del horario de apertura fijado para los registros. Como aranceles notariales y registrales se aplicarán la cantidad fija de 60 euros para el notario y 40 para el registrador.

B) Por otro lado, el conjunto de las SRLs ordinarias se someten al régimen simplificado (art. 5.1). Aunque, a su vez, se plantea alguna duda sobre la superposición de este régimen con las previsiones generales de la disp. final. primera 3 LSC, norma que, referida a supuestos similares, no ha sido expresamente derogada (aunque quizá haya que concluir que esa derogación se produce implícitamente) por el RD-Ley 13/2010. Entre otras previsiones, establece el art. 5.1 que el plazo de otorgamiento de la escritura de constitución, una vez suministrados al notario todos los antecedentes necesarios para ello, será de un día hábil contado desde la recepción de la certificación negativa de denominación expedida por el Registro Mercantil Central, la cual se expedirá por vía telemática. La copia de la escritura de constitución de sociedades de responsabilidad limitada siempre se remitirá en forma telemática por el notario otorgante al registro mercantil del domicilio social y en el mismo día de su otorgamiento. El plazo para la calificación e inscripción del registrador mercantil es de tres días hábiles, a contar desde la recepción telemática de la escritura. Para acreditar la correcta inscripción en el registro de las sociedades, así como la inscripción del nombramiento de los administradores designados en la escritura, bastará la certificación electrónica o en soporte papel que, a solicitud del interesado, debe expedir, sin coste adicional, el registrador mercantil el mismo día de la inscripción.

C) En fin, para las sociedades mercantiles que no sean SRL, o para las SRL con un capital superior a 30.000 Euros o cuyo órgano de administración sea un consejo de administración (se dice en negativo: que no sea administrador único, varios solidarios o dos mancomunados) se establece un procedimiento opcional que, junto al régimen tradicional, admite la constitución telemática. Si se elige esta vía, el notario autorizante solicitará telemáticamente al Registro Mercantil Central el certificado negativo de denominación social, salvo que expresamente se opongan a ello los interesados. La escritura pública de constitución se remitirá de forma telemática al Registro Mercantil correspondiente, una vez más a salvo de que expresamente se hubiesen opuesto a

ello los interesados. Los artículos 412.1 y 414.1 del Reglamento del Registro Mercantil sólo serán de aplicación si los interesados hicieron constar expresamente su oposición a la tramitación telemática. El otorgante, por sí mismo, un tercero a instancia de aquel, así como el notario autorizante o el registrador, liquidarán telemáticamente los impuestos que correspondan. Los plazos de calificación e inscripción por parte del registrador mercantil serán los previstos en el artículo 18.4 del Código de Comercio y en la normativa reglamentaria vigente, y no, lógicamente, los establecidos en esta ley para otros supuestos.

No parece que la previsión de una constitución por vía telemática (supersimplificada –para sociedades pequeñas y con estatutos modelo-, simplificada –para SRL medianas- u ordinaria –para SRL grandes o complejas y para las demás sociedades de capitales) excluya la aplicación del procedimiento de tramitación ordinario y tradicional. Ahora bien, en este caso la solicitud al Registro Mercantil Central se extiende a tres denominaciones, mientras que si se hace por vía telemática, se amplía a cinco. Este puede ser un dato añadido que deberá valorarse a la hora de la elección.

En todo caso, el más peculiar efecto que resulta de la nueva normativa es que, a pesar de la “refundición” de toda la legislación de sociedades de capital que supuso la aprobación de la LSC, tras el RD-Ley 13/2010 existiría un precepto (art. 5) que quedaría fuera de la LSC. Al margen de ellas las nuevas normas que dejan sin sentido las previsiones del Proyecto de Ley de Economía Sostenible, cuyo contenido ya se habría incorporado, en buena medida, al ordenamiento vigente.

3.- Modificaciones de la LSC. El 6 del RD-Ley 13/2010 también reforma, por otra vía, el Derecho de sociedades español, si bien en este caso la reforma sí que supone la derogación que se explicita de algunos preceptos de la LSC. En concreto la modificación afectaría a los arts, 35, 173, 289,319, 333 y 369 LSC. El primero se refiere a la constitución de sociedades y, en concreto, a la previsión de que los datos de la inscripción de la sociedad se remitirá para su publicación en el BORME directamente por el registrador sin coste alguno y de forma telemática.

Los demás preceptos afectados por la reforma hacen referencia a la publicidad mediante anuncios en prensa de determinados actos societarios. El nuevo texto del art. 173.1 prevé que, con carácter general, la convocatoria de la junta se realizará mediante anuncio en el BORME y en la página web de la sociedad, o, en el caso de que no exista, en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia en que esté situado el domicilio social. Esto

supone que las sociedades que pretendan ahorrarse los costes que conlleva la forma tradicional de anuncios de convocatoria de juntas deberán adaptar sus estatutos a la nueva posibilidad. Por otro lado, también en las sociedades de responsabilidad limitada se puede establecer que la convocatoria se realizará mediante anuncio publicado en la página web de la sociedad o, en el caso de que no exista, en un determinado diario de circulación en el término municipal en que esté situado el domicilio social, o por cualquier procedimiento de comunicación, individual y escrita, que asegure la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio designado al efecto o en el que conste en el Libro-registro de socios. Una vez más parece necesaria la correspondiente previsión estatutaria. De cualquier modo, podría considerarse cuestionable que en una sociedad de tamaño reducido se deba admitir la posibilidad de sustituir la comunicación individual por un anuncio en la página web de la sociedad.

La posibilidad de un ahorro de los costes de anuncios a través de la prensa escrita se prevé también para otros actos sociales: anuncios de modificación de estatutos, reducción de capital, derecho de oposición de los acreedores a la reducción de capital, disolución de la sociedad.

Todo ello supone que las previsiones similares, que se establecían en el Anteproyecto de Ley de reforma del Derecho español de sociedades por la adaptación a la Directiva de derechos del socio en las sociedades cotizadas, quedarían vaciadas de contenido, al sustituirse por esta legislación general.

4.- Conclusión. Desde la aprobación de la LSC puede observarse un proceso de líneas de reforma en el que no queda del todo perfilado el modelo legislativo en relación con las formas societarias y su adscripción a los tipos de empresa de la realidad. Esa falta de definición se ve agravada si el legislador inicia y ejecuta procesos cruzados de reformas en sentidos no plenamente coincidentes. Este hecho se aprecia con particular crudeza cuando algunas cuestiones que se pretendían insertar en proyectos legislativos en curso, aparecen en el intervalo como legislación cuya entrada en vigor se produce antes de que culminen esos procesos, por vías excepcionales y, sobre todo, por caminos no siempre concordantes con los iniciados en origen. Es de esperar que algún día estos caminos cruzados terminen por encontrar una dirección recta y razonable.

JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

Administrador de una SL que presta servicios en calidad de abogado. Derecho a percibir honorarios. Por Phillip Schönenbeck

La Sala de lo Civil del TS declaró, en sentencia de 28 de septiembre de 2010, que un administrador de una sociedad que, además de las funciones inherentes a la administración y gestión de la sociedad, presta servicios profesionales de abogacía puede tener derecho a percibir los honorarios correspondientes a estos servicios.

El administrador de la sociedad actora, demandado en primera instancia y recurrente en segunda y tercera instancia, llevaba a cabo, en su condición de letrado, la ejecución de un crédito de la sociedad contra uno de sus deudores. La sociedad se negaba a pagar sus honorarios, alegando su condición como administrador de la sociedad en relación con la presunción de gratuidad del cargo, dado que los estatutos sociales, en este caso, no preveían remuneración ninguna. No obstante, el administrador alegaba la existencia de una relación de prestación de servicios con la sociedad, consentida expresamente por su Junta General.

Mientras los Juzgados y Tribunales de la primera y segunda instancia decidieron que, aun existiendo un contrato de arrendamiento de servicios entre actora y demandado, el administrador no tenía derecho a percibir honorario alguno como contraprestación por los servicios prestados en calidad de abogado, el TS estimó el recurso de casación del administrador.

El TS se centró, por un lado, en la relación entre los artículos 66 y 67 de la derogada LSL (hoy recogidos en los artículos 217 y 220 de la LSC) y, por otro lado, en los artículos 1544 y 1711 del Código Civil.

A la luz de lo anterior, el TS decidió que el ámbito de la presunción de gratuidad del cargo de un administrador, recogido en el mencionado artículo 66, se limita a las funciones inherentes al cargo de la administración y gestión de la sociedad. Así las cosas, cabe la posibilidad de una relación de prestación de servicios (expresamente prevista en el mencionado artículo 67) que, en su caso, podría ser remunerada, siempre y cuando las funciones asumidas con base en esta relación rebasaran las propias de un administrador y que ello fuera aprobado por la Junta General. Sin embargo, la gratuidad del cargo como administrador no influye sobre el carácter o no

gratuito de actuaciones llevadas a cabo en base a una relación de prestación de servicios.

El objetivo del citado artículo 66 es evitar que se remunere el cargo del administrador fuera de lo establecido en los estatutos y, así, prohibir que se eludan las normas societarias en materia de transparencia de remuneración de los administradores. Esta jurisprudencia tiene particular importancia en la medida en que afecta a los contratos de alta dirección que, en la práctica, se celebran con los administradores en muchas ocasiones, aunque los estatutos no establezcan remuneración ninguna o no determinen cuál deba ser el sistema de remuneración de conformidad con lo exigido por la Ley.

Sin embargo, la norma no pretende excluir la remuneración de la prestación de servicios profesionales distintos de las funciones propias de un administrador. En este caso, la ejecución judicial de un crédito contra uno de los deudores de la sociedad, evidentemente, no se trata de una función propia de un administrador.

Por lo cual, el TS declaró aplicable la presunción de onerosidad contenida en los artículos 1544 y 1711 del Código Civil en relación con el artículo 44 del Estatuto General de la Abogacía, que remite a los baremos orientadores del Colegio en cuyo ámbito actúe el letrado, aplicados conforme a las reglas, usos y costumbres del mismo. En este sentido, el TS destacó que se estará a lo acordado por los interesados y, en su defecto, a la fijación judicial, aportando dictamen del Colegio de Abogados al respecto.

En cuanto a la petición, subsidiariamente planteada por la sociedad actora, sobre la posibilidad de moderar los honorarios a pagar al administrador que actuaba como letrado, el tribunal decidió que se estará a los procedimientos para la impugnación de honorarios de los abogados, dejando claro que no cabe establecer la moderación de los honorarios del letrado en base a su condición de administrador.

2. DERECHO DE LOS MERCADOS FINANCIEROS

TEMAS ACTUALES

Folletos y transparencia: Publicada la Directiva 2010/73/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010. Por Luis Miguel de Dios

El DOUE ha publicado el pasado 11 de diciembre de 2010 la Directiva 2010/73/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por la que se modifican la Directiva 2003/71/CE sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores y la Directiva 2004/109/CE sobre la armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado. Su objeto es reducir al mínimo necesario las cargas que pesan sobre las empresas en la UE, sin poner en riesgo la protección de los inversores y el buen funcionamiento de los mercados de valores de la Unión. Su plazo de trasposición vence el 1 de julio de 2012.

A continuación se apuntan algunas de las novedades significativas introducidas por esta Directiva.

- Se aumenta el importe de las ofertas realizadas en la UE que quedan al margen de la Directiva desde los 2.500.000 Euros hasta los 5.000.000 Euros, calculado en un plazo de doce meses. Del mismo modo, se aumenta de 50.000.000 Euros a 75.000.000 Euros, computado en un plazo de doce meses, el importe de las ofertas exentas que tengan por objeto valores no participativos emitidos de manera continuada o reiterada.
- Se actualiza el concepto de inversores cualificados, que pasan a comprender a aquellas personas o entidades que, a petición propia, son tratadas como clientes profesionales o que son reconocidas como contrapartes elegibles con arreglo a la propia normativa europea (Directiva 2004/39/CE), a menos que hayan solicitado ser tratadas como clientes no profesionales. Las empresas de inversión y las entidades de crédito deberán comunicar su clasificación al emisor, previa petición. En todo caso, las empresas de inversión autorizadas a continuar considerando a

los actuales clientes profesionales como tales de conformidad con la normativa previgente serán autorizadas a tratar a dichos clientes como inversores cualificados con arreglo a la presente.

- Se modifican los límites aplicables a determinadas exención de la obligación de publicar un folleto: ofertas de valores dirigida a menos de 150 personas (antes 100) físicas o jurídicas por Estado miembro, sin contar los inversores cualificados; ofertas de valores dirigida a inversores que adquieran valores por un importe total mínimo de 100.000 Euros (antes 50.000 Euros) por inversor, para cada oferta separada; y ofertas de valores cuya denominación por unidad ascienda por lo menos a 100.000 Euros (antes 50.000 Euros). Igualmente se modifican otros supuestos de exención, referidos a las modificaciones estructurales, a los script dividends, a las ofertas de acciones a empleados y directivos (incluso fuera de la UE), mejorando la redacción anterior y ampliando su ámbito de aplicación.
- El régimen aplicable a los folletos recibe una nueva redacción, más detallada, y se presta particular atención a la nota de síntesis, estableciéndose que no se podrá pedir responsabilidad a ninguna persona sobre la única base del contenido de la citada nota de síntesis. Asimismo, se delega en la Comisión la determinación del formato y contenidos de los referidos documentos. A estos efectos, se establecen y modifican parámetros a tomar en consideración.
- El plazo de validez del folleto se mantiene en doce meses, si bien desde su aprobación y no desde la publicación como sucedía hasta ahora.
- En cuanto al folleto, este se considera publicado cuando se publique en formato electrónico en el sitio Internet del emisor o (y no “y” como se establecía anteriormente), en su caso, en el sitio Internet de los intermediarios financieros que coloquen o vendan los valores, incluidos los organismos pagadores.

Autoridad Europea de Supervisión. Por Luis Miguel de Dios

El DOUE de 15 de diciembre de 2010 ha publicado el Reglamento (UE) nº 1095/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de noviembre de 2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Valores y Mercados), se modifica la Decisión nº 716/2009/CE y se deroga la Decisión 2009/77/CE de la Comisión. La creación de este organismo responde a los graves riesgos que, para la estabilidad del sistema financiero y el funcionamiento del mercado interior, ha generado la crisis financiera y económica. Su objetivo será proteger el interés público contribuyendo a la estabilidad y eficacia del sistema financiero a corto, medio y largo plazo, para la economía de la Unión, sus ciudadanos y sus empresas. Con este fin se integrará en el denominado “Sistema de Europeo de Supervisión Financiera” (SESF), al que también da carta de naturaleza esta Directiva. El SESF será una red integrada de autoridades de supervisión nacionales y de la Unión, dejando la supervisión corriente al nivel nacional, y siendo su composición la siguiente: Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Valores y Mercados), Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Bancaria Europea), Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación), Comité Mixto de las Autoridades Europeas de Supervisión, y Junta Europea de Riesgo Sistémico. Las funciones del Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Valores y Mercados) quedan delimitadas en la Directiva 2010/78/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, publicada igualmente en BOUE de 15 de diciembre de 2010.

Directiva 2010/76/UE: una modificación de las políticas de retribución variable de los altos directivos de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión. Por Teresa Mínguez

La Directiva 2010/76/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de noviembre de 2010, ha introducido una serie de modificaciones relativas a los requisitos de capital para la cartera de negociación y las retitulizaciones, así como a la supervisión de las políticas de remuneración de las entidades financieras, modificando así las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE relativas al acceso a la actividad de las entidades de crédito y requisitos de adecuación del capital de empresas de inversión y entidades de crédito.

Dicha modificación tiene su origen en la quiebra de diversas entidades financieras y las dificultades financieras a las que se están enfrentando los Estados miembros y también otros estados, a nivel mundial, consecuencia de una “*excesiva e imprudente asunción de riesgos*” por parte del sector bancario –en palabras de la propia Directiva-.

Si bien las causas de la exacerbada asunción de riesgos son múltiples y complejas, los organismos de supervisión y regulación, incluidos el G-20 y el Comité de Supervisores Bancarios Europeos (CSBE) han considerado como factor coadyuvante las inadecuadas estructuras de remuneración de las entidades de crédito. Es decir, políticas de remuneración que han incentivado a los directivos a una asunción de riesgos por encima del nivel tolerado por la entidad afectando, de este modo, a la gestión de la entidad y sus recursos. A tal fin, se ha considerado de gran importancia los principios del Consejo de Estabilidad Financiera (CEF) para unas buenas prácticas en materia de remuneración, principios, por otra parte, acordados y refrendados a escala internacional.

Por todo ello, la Comisión ha estimado necesario completar la Directiva 2006/48/CE, imponiendo a las entidades de crédito y empresas de servicios de inversión la obligación de establecer y mantener políticas de remuneración compatibles con una adecuada gestión del riesgo que resulten de aplicación a los altos directivos, empleados que asuman riesgos, que ejerzan funciones de control y aquéllos otros cuya remuneración total se sitúe al mismo nivel que la de los anteriores.

El objeto de tales políticas ha de ser el de asegurar que la estructura de remuneración de estos empleados no aliente a la asunción de riesgos excesivos, debe ajustarse a los resultados a largo plazo de la entidad y debe procurar que sus métodos de pago refuercen el capital de base de la entidad. Entre las medidas a adoptar por los estados miembros en relación con estas políticas se incluyen:

- La imposición a estas entidades de la obligación de crear un Comité de Remuneraciones.
- La alineación de los objetivos del personal con los resultados a largo plazo de estas entidades.
- La proporcionalidad entre la remuneración fija y la variable.
- El aplazamiento de una parte sustancial de la retribución variable a un periodo adecuado de tiempo.
- El aseguramiento de que el componente variable no limita las posibilidades de estas entidades de reforzar su capital de base, facultando a las autoridades nacionales para su limitación si este fuera incompatible con el mantenimiento de una base sólida de capital.
- La exigencia a esta categoría de empleados de no utilizar estrategias personales de cobertura o seguros para contrarrestar los efectos de la alineación del riesgo en sus sistemas de remuneración.
- La imposición de prioridad a la creación de su base de capital sobre las remuneraciones variables a las entidades que se beneficien de una intervención pública excepcional.

Y para todo ello, se ha dotado a los estados miembros de las facultades necesarias de supervisión y sanción, así como las medidas pertinentes para solventar las anomalías que se detecten, imponiendo adicionalmente obligaciones de recopilación de información y transparencia.

La Comisión se ha autoimpuesto la revisión de estas políticas de remuneración el 1 de abril de 2013 por lo que resulta previsible que los estados miembros aceleren el plazo de implementación de estas medidas.

La nueva regulación de los mercados secundarios oficiales de futuros, opciones y otros instrumentos financieros derivados. Por Alejandro Albarte

I. Consideraciones previas

El Real Decreto 1814/1991, de 20 de diciembre, por el que se regulan los mercados oficiales de futuros y opciones ha guiado, hasta el día de hoy, el desarrollo de dichos mercados en España, lo que ha hecho que se haya ido incrementando la contratación y con ella la propia evolución de los mercados de instrumentos financieros derivados. Por este motivo, la normativa había quedado un tanto obsoleta dado que no recogía toda la evolución experimentada en dichos mercados.

El primer paso para la modernización de los mercados de los instrumentos financieros derivados se realiza mediante la modificación del artículo 59 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (“**Ley del Mercado de Valores**”)¹.

¹ Modificación realizada en virtud de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre

El Real Decreto 1282/2010, de 15 de octubre, por el que se regulan los mercados secundarios oficiales de futuros, opciones y otros instrumentos financieros derivados (el “Real Decreto”) deroga el Real Decreto 1814/1991, de 20 de diciembre, y desarrolla el artículo 59 de la Ley del Mercado de Valores con los siguientes objetivos:

- Equiparar la regulación española con los estándares normativos de los mercados internacionales para mejorar la capacidad competidora de los mercados españoles;
- facilitar la introducción de nuevos productos, servicios y líneas de negocio en los mercados españoles de instrumentos financieros derivados;
- reducir el riesgo sistémico asociado principalmente a la compensación y liquidación de los contratos de instrumentos financieros derivados; y
- contribuir a la profundización del mercado único europeo con el establecimiento de acuerdos y conexiones con otros mercados del entorno que favorezcan la interoperabilidad, una mayor eficiencia y la posibilidad de elección de infraestructuras de mercado por parte de sus usuarios.

II. Principales novedades

1. Capítulos I y II

En estos capítulos se tratan diversas cuestiones de orden general y se introduce una de las novedades más importantes, como es la posibilidad de que la sociedad rectora ofrezca servicios de negociación, registro y contrapartida central o bien sólo servicios de registro y contrapartida, o sólo servicios de negociación.

En cuanto a la regulación del preceptivo Reglamento del mercado, se simplifica su contenido, suprimiéndose algunas menciones concretas e innecesarias como son las modalidades de órdenes, horarios de contratación, o primer y último día de negociación.

Se suprime la intervención obligatoria de los organismos rectores de los mercados donde se negocie el subyacente de los futuros y opciones en relación con la aprobación de nuevos contratos o su suspensión.

Merece la pena destacar otra de las grandes novedades que contiene el Real Decreto y que se refiere a la posibilidad de instaurar un régimen de registro contable

de doble escalón, formado por el registro central a cargo de la sociedad rectora (sistema actual), y los eventuales registros de detalle, a cargo de los miembros autorizados a actuar como registradores, asegurándose la correspondencia entre ambos registros. De esta forma, los clientes pueden elegir entre abrir su cuenta en el registro central, como el sistema actual, o en el registro de detalle de un miembro.

Finalmente, se contiene la posibilidad de que la sociedad rectora ofrezca servicios de contrapartida central para productos derivados negociados bilateralmente que, por sus características atípicas, no están admitidos a negociación en los mercados organizados.

2. Capítulo III

En este capítulo se desarrolla la normativa aplicable a las sociedades rectoras de los mercados secundarios oficiales de futuros y opciones, donde se deben de destacar dos novedades:

- Por un lado, se suprime la exigencia de que cada mercado de futuros y opciones cuente con su propia sociedad rectora, de forma que se estructura cada uno de esos mercados con carácter unitario, gestionado por una misma sociedad rectora y regido por una normativa básica común, pero con la posibilidad de acoger diferentes grupos de contratos organizados pro el tipo de activo subyacente;
- por otro lado, se habilita a la sociedad rectora para que pueda ofrecer los servicios de contrapartida central.

3. Capítulo IV

El presente capítulo contiene la regulación de los miembros de los mercados secundarios oficiales de futuros y opciones.

De esta forma, se adecúa la regulación del acceso a la condición de miembro al artículo 59.3 de la Ley del Mercado de Valores para adaptarse a las nuevas modalidades que contiene dicho texto. Igualmente, se contempla la posibilidad de que adquieran la condición de miembro las entidades encargadas de la depositaria central de valores y otras cámaras de contrapartida.

4. Capítulo V

Por medio de este capítulo se regula el régimen de garantías. Conviene destacar el hecho de que, mediante

el Real Decreto, se diversifica el régimen de garantías, incorporándose la garantía aportada por el propio mercado y la garantía colectiva.

Por otro lado, la estructuración del mercado por grupos de contratos permite el establecimiento de un esquema de aportación de garantías adecuado al riesgo propio de cada grupo, así como el cumplimiento del principio de no contaminación entre los diferentes grupos de contratos.

5. Capítulo VI

Se contienen los principios básicos que debe respetar el régimen de incumplimientos de los miembros y clientes, determinando las causas de incumplimiento, las medidas a adoptar en caso de incumplimiento, así como los procedimientos a seguir para la adopción de esas medidas y las actuaciones que corresponda llevar a cabo a la sociedad rectora o a los miembros del mercado. Esto deberá ser objeto de desarrollo por parte del Reglamento del Mercado

III. Resumen ejecutivo de las novedades

Una vez analizadas las novedades introducidas por el Real Decreto, a continuación se exponen, para mayor claridad, las novedades más destacables como resumen ejecutivo:

- se amplían los productos negociables y registrables en los mercados secundarios oficiales de instrumentos financieros derivados, que no se circunscriben sólo a futuros y opciones, sino que comprenden todos los instrumentos financieros derivados que recoge la Ley del Mercado de Valores;
- se prevé la posibilidad de que la sociedad rectora del mercado pueda ofrecer los servicios de contrapartida central; y
- se establece un nuevo sistema de aportación de garantías por los miembros del mercado y de utilización de las mismas por la sociedad rectora en caso de producirse incumplimientos en el mercado.

JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

Suelos, techos e hipotecas. Por Abraham Nájera

Las llamadas “cláusulas suelo” de los préstamos hipotecarios forman parte de los elementos esenciales de estos contratos y, como tales, no pueden ser calificadas

como abusivas, ni ser objeto de control en cuanto a su contenido, sino tan solo en lo que se refiere a la exigencia de claridad y comprensibilidad.

A diferencia de las permutas financieras de tipos de interés, que también han despertado intensa polémica y que de igual forma suelen relacionarse íntimamente con préstamos hipotecarios a interés variable, las cláusulas suelo solo limitan la fluctuación de los tipos a la baja, con el propósito de garantizar unos ingresos mínimos al prestamista. Son las “cláusulas techo” las que, por el contrario, impiden la subida del tipo aplicable marcando un límite máximo. Sin embargo, la pretendida protección de estas últimas frente al riesgo de variabilidad de los tipos de interés es muchísimo menos eficaz para el cliente bancario que la de los derivados financieros, encontrándose en general los umbrales de las cláusulas techo muy por encima de los tipos vigentes.

Dentro del ámbito de los préstamos hipotecarios, las cláusulas suelo también se encuentran estrechamente relacionadas con las de redondeo de tipos de interés, cuyos pasos parecen estar siguiendo. Ambas se encuentran expresamente previstas en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, y en la Ley 2/2009, y ambas se ocupan de condicionar, aun en diferente medida, el cálculo de los tipos de interés aplicables. Y si el redondeo terminó siendo limitado por la Ley Financiera en 2002, existen ya iniciativas políticas para hacer desaparecer las cláusulas suelo.

En ese camino paralelo al del redondeo, el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla dictó el 30 de septiembre de 2010 la primera sentencia contra las cláusulas suelo, concluyendo que son nulas, por abusivas.

Pese a citarla, no sigue la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que admite que un Estado pueda adoptar normas más estrictas que la Directiva sobre cláusulas abusivas, entrando a controlar también el contenido de las estipulaciones que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o la adecuación entre las prestaciones pactadas. Al contrario, aun admitiendo que las cláusulas suelo y techo son pactos añadidos y accesorios que acotan los intereses y coadyuvan a definir la remuneración del préstamo, el juez descarta su carácter esencial y las considera condiciones generales.

De esta forma, entra a enjuiciar su contenido y las encuentra abusivas por falta de reciprocidad en perjuicio del consumidor, tanto cuando solo se pactan limitaciones

a la baja como cuando, restringiéndose también las variaciones al alza, no se guarda “la prudencial o razonable relación de equivalencia o semejanza, legalmente exigible” entre ambas, aunque después, curiosamente, reconoce su incapacidad para determinar cuál ha de ser la horquilla razonable.

Si es sorprendente la falta de argumentación sobre dónde reside la supuesta falta de equilibrio, aún lo es más que se incardinan estas estipulaciones entre las condiciones generales sosteniendo que “no son el objeto de la libre negociación ni fruto exclusivo de la misma, sino que viene predispuesta e impuestas en la normalidad de los casos, resultando la excepcionalidad su variación y negociación particular”. Porque eso mismo ocurre con los diferenciales que se suman para determinar el tipo de interés aplicable, tan inamovibles y faltos de negociación que podemos verlos fácilmente en anuncios y vallas publicitarias, tras los cristales de las sucursales y en internet, antes de que terminen echando raíces para siempre en nuestra escritura, y nadie discute aún que formen parte del núcleo obligacional de los préstamos.

El control de unas y otros, como condiciones básicas que son, ha de centrarse tan solo en su transparencia, porque la protección a los consumidores en cuanto a su contenido se basará en la competencia. Y de que el cliente esté debidamente informado en cuanto a su existencia y alcance se ocupa la Orden al incluirlas dentro del contenido mínimo de la oferta vinculante, exigiendo que tengan reflejo de forma clara, concreta y comprensible en el propio contrato e imponiendo al Notario la obligación de advertir sobre su existencia y, en particular, cuando las acotaciones no sean semejantes al alza y a la baja, circunstancia que consignará en la escritura.

Aunque no estaría de más que la Orden, como la Ley 2/2009, no fuera solo aplicable a operaciones por importe inferior a 25.000.000 de las antiguas pesetas.

Openbank ha sido condenada a indemnizar a un cliente por un error en una transferencia. Por Nerea Azcune

El pasado 9 de septiembre, la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Lugo condenó a la entidad financiera Open Bank Santander Consumer, S.A. a indemnizar a un cliente con 25.590 € por una actuación de la entidad considerada “irregular”, así como por la falta de información ofrecida al cliente.

Los hechos ocurrieron como consecuencia de un error al realizar una transferencia. El cliente decidió comprar un coche por valor de 25.590 €, cuyo pago debía realizarse mediante transferencia bancaria a un banco holandés. Para ello, el cliente solicitó telefónicamente a un operador de Open Bank la realización de la transferencia, pidiendo en una segunda llamada que la misma se hiciera a través del sistema OMF de Banco de España para que pudiera llegar más rápido a la cuenta del beneficiario. La entidad le indicó que para ello debía anular la primera transferencia. Posteriormente le comunicó que no podían ofrecer el servicio solicitado, invitando al cliente a que realizara una segunda transferencia al haberse cancelado la primera.

No obstante, finalmente fueron dos las transferencias realizadas al no haberse anulado definitivamente la primera de ellas, por lo que el cliente abonó dos veces el precio del coche.

Así, los motivos en los que se basó la Audiencia Provincial de Lugo para considerar la actuación de Open Bank como “irregular” fueron el hecho de no haber informado debidamente al cliente de la imposibilidad de cancelar las transferencias ordenadas en todo caso y de no comunicarle el error cometido, una vez que se percataron de ello.

En la condena a la entidad financiera resultaron determinantes las grabaciones de las conversaciones telefónicas mantenidas por el cliente con los operadores de Open Bank en los que solicitaba la realización de las transferencias y en las que le comunicaban la efectiva anulación de la primera transferencia solicitada.

3. CONTRATOS MERCANTILES

TEMAS ACTUALES

El Parlamento Europeo aprueba la reforma de la Directiva de Morosidad. Por Jesús Alfaro

Nuestro legislador se adelantó al legislador europeo y se apresuró a reformar la Ley de Morosidad. Es una Ley incomprensible que incluye contradicciones flagrantes. Además, es seguramente inconstitucional por limitar injustificadamente la libertad de empresa y contractual al prohibir de manera general y sin excepciones que dos

particulares puedan pactar un plazo de pago superior a 60 días.

El Parlamento europeo, a iniciativa de la Comisión, se ha lanzado a reformar la Directiva de morosidad en la línea de lo hecho por el legislador español. Pero sólo en la línea. De los dos aspectos centrales de la Directiva (obligación de pagar **intereses de demora** si el deudor se retrasa en el pago en relación con la fecha de pago prevista en el contrato y, si no se señala fecha de pago en el contrato, a partir de los 30 días desde la fecha de la emisión de la factura o desde la fecha de entrega de los bienes y **prohibición de pactar en el contrato un aplazamiento de pago de más de 60 días** desde dichas fechas) el Parlamento europeo no ha ido tan lejos como el español en el ámbito de los pactos de aplazamiento de pagos.

Al respecto, la Ley española prohíbe - y declara nulos los pactos en contrario – pactos de aplazamiento superiores a los 60 días. El texto aprobado por el Parlamento europeo, por el contrario, establece que

4. Los Estados miembros velarán por que el plazo de pago fijado en el contrato no exceda de 60 días naturales, salvo acuerdo expreso en sentido contrario recogido en el contrato y con la condición de que no sea manifiestamente abusivo para el acreedor según lo estipulado en el artículo 6.

Y en los considerandos,

*(13) En consecuencia, debe preverse que, como norma general, los plazos de pago contractuales entre empresas no excedan de 60 días naturales. No obstante, pueden darse casos en que las empresas necesiten plazos de pago más amplios, por ejemplo cuando las **empresas desean conceder créditos comerciales** a sus clientes. Por consiguiente, **las partes deben seguir teniendo la posibilidad de acordar expresamente plazos de pago superiores a 60 días naturales**, siempre que esta prórroga no sea manifiestamente abusiva para el acreedor.*

Así que nuestros parlamentarios trasladan a los jueces ahora dos problemas. Primero, plantear ante el TC una cuestión de inconstitucionalidad del art. 4.1 a) in fine de la Ley de Morosidad por restringir injustificada y desproporcionadamente la libertad de empresa y la libertad contractual. Y, segundo, plantear una cuestión

prejudicial para determinar si el legislador español incumple la Directiva al prohibir los pactos de aplazamiento de los pagos de más de 60 días sin excepciones cuando, es la voluntad del legislador europeo la de permitir a las empresas europeas seguir concediendo "crédito comercial" a sus clientes. No es, por tanto, y nuevamente que la Directiva sea de mínimos y los Estados puedan incrementar la protección de las empresas acreedoras. Es que se disminuye el efecto útil de la Directiva que, como el párrafo de los Considerandos transcrito, quiere que "*las partes*" sigan teniendo la posibilidad de acordar plazos más largos.

Por lo demás, las reformas de la Directiva no modifican sustancialmente ésta.

JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

No puede anticiparse la cuantía de la indemnización por clientela del agente (STS 8-10-2010). Por Jesús Alfaro

*La cuestión jurídica que plantea el presente recurso de casación consiste en la nulidad o validez de la cláusula de un contrato de agencia determinando el importe de la indemnización correspondiente al agente por cualquier concepto, para cuando se extinguiera la **relación contractual**, en el "19% de las comisiones devengadas por el Agente durante los dos últimos años de su actividad o durante el periodo de vigencia del contrato, si el mismo fuera inferior al citado plazo de dos años".*

El TS, en su sentencia de 8 de octubre de 2010 ha dicho que, como la regulación legal es imperativa, no caben pactos en contra y lo son los que anticipan la cuantía de la indemnización por clientela separándose de las pautas de determinación de la Ley de Contrato de Agencia (LCA). Como la indemnización calculada como la "media anual de las comisiones de los últimos cinco años" (art. 28 LCA) era mayor que la que resultaba de la aplicación de la cláusula, la cláusula es nula.

Aun cuando la LCA española no contenga una transposición más o menos literal del art. 19 de la Directiva, sin embargo su contenido esencial de norma prohibitiva sí se ha transpuesto, mediante una fórmula imperativa, en su art. 3.1, de modo que la aplicación del "principio de interpretación conforme" (por todas STJUE 5-10-2004 en asuntos acumulados C-397/2001 a C-

403/2001 y SSTS 2-6-00 y 27-3-09) que impone resolver las dudas interpretativas de una norma nacional del modo más acorde con el Derecho de la Unión, permite superar la polémica sobre el efecto de las Directivas entre particulares, suscitada en las instancias del presente litigio y mantenida ante esta Sala por la parte demandada-recurrida en su escrito de oposición al recurso, y concluir que en el art. 3.1 LCA se encuentra implícita la **prohibición de pactos anticipados** contenida en el art. 19 de la Directiva.

La prohibición alcanza, por tanto, a cualquier pacto anticipado que limite el derecho del agente a obtener, una vez terminado el contrato y en caso de conflicto con su empresario, una indemnización que alcance la cuantía prevista en el art. 28 LCA o, dicho de otra forma, **que excluya por adelantado el juicio de procedencia equitativa previsto en dicho artículo**

Y, lo que resulta más notable, el TS, una vez estimado el recurso de casación del agente, condena al principal a pagar la indemnización máxima prevista en el art. 28 LCA

La decisión de esta Sala es que la demanda debe ser estimada en su integridad porque, compensada en cualquier caso la cuestionable conducta contractual del demandante cuando compareció ante notario manifestando que firmaba bajo presión de la empresa con la no menos cuestionable de ésta encubriendo bajo sucesivos contratos temporales lo que en realidad era una relación de agencia por tiempo indefinido, lo cierto es que, vistos los documentos que acreditan las ventas de la demandada en la zona del agente demandante y lo prolongado de la relación contractual entre ambos, **apenas cabe cuestionar que el demandante aportó nuevos clientes, que su actividad puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario y que la compensación resulta equitativamente procedente tanto por la prohibición de competencia durante dos años contenida en la estipulación vigesimoprimer del contrato como por las comisiones que pierde con la extinción del contrato.**

Una observación adicional: el número de Sentencias del TS que estiman el recurso de casación ha aumentado como consecuencia del filtro de la admisión.

Nueva sentencia del TS sobre los contratos de abanderamiento de las gasolineras (STS 28-10-2010). Por Patricia Liñán

El TS, en su sentencia de 28 de septiembre de 2010, desestima un recurso de casación en un asunto relativo, una vez más, a la compatibilidad de los contratos de abanderamiento de estaciones de servicio con el Derecho de la Competencia (en este caso, de la Unión Europea).

La sentencia no plantea ninguna novedad. No obstante, lo disparatado de las pretensiones de la recurrente y la explicación (veremos que, en puridad, también errónea) del TS, nos sirven de pretexto para recordar brevemente qué puede pedirse al amparo de la normativa de competencia.

La recurrente es una empresa que celebró en su día un contrato por el que arrendaba una estación de servicio a BP, quien además le suministraba la gasolina para dicha estación en régimen de comisión. La recurrente pretendía que, en aplicación de las normas de competencia, el contrato se recalificara como de reventa, de manera que, en lugar de percibir comisiones por la gasolina vendida, pasara a comprar a BP la gasolina a revender en la estación que explotaba "a precios competitivos con los ofertados por otros operadores y/o suministradores autorizados en régimen de compra en firme o reventa". Pedía, como consecuencia de este planteamiento, la diferencia entre lo percibido en régimen de comisión y lo que hubiera percibido de haberse configurado el contrato como reventa en las condiciones mencionadas.

El planteamiento de la recurrente es del todo erróneo. La normativa de competencia y, en particular, el *Reglamento CE nº 2790/1999, de la Comisión, de 22 de diciembre relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas* cuya infracción alega el recurrente, en modo alguno prevé que se modifiquen las condiciones de los contratos, menos aún que se reconvierta un tipo de contrato en otro.

Es cierto que el Derecho de la competencia sí establece una distinción entre contratos genuinos de agencia (categoría a la que probablemente pertenecía el contrato de comisión) y contratos en los que se adquiere para la reventa. La relevancia de la distinción reside en que,

mientras que en los primeros, determinadas obligaciones impuestas por el principal al agente son admisibles bajo la normativa de competencia, en el segundo caso, pueden estar prohibidas y, por lo tanto, llevar a la nulidad total o parcial del contrato que las contiene. Lo que subyace a este tratamiento distinto en función de la naturaleza de la relación contractual es que, dado que en la agencia genuina es el principal quien asume el riesgo de las operaciones, es lógico que sea el que determine las condiciones con el cliente y, por lo tanto, imponga al agente obligaciones al respecto. Por el contrario, en los casos en los que el suministrador adquiere para revender, el Derecho de la Competencia quiere que actúe como un operador independiente fijando libremente sus propias condiciones comerciales, fundamentalmente al precio al que revende (de manera que compita con otros revendedores).

Por lo tanto, como es frecuente en este tipo de pleitos relativos a estaciones de servicio, el recurrente podía haber dicho que su contrato, pese a configurarse como comisión (en terminología del Derecho de la Competencia, agencia), no era en realidad tal y que, por tanto, las restricciones que le imponía la petrolera determinaban la nulidad total o parcial del contrato.

El TS lo explica en el siguiente párrafo: *“la parte recurrente no parece haber advertido que la técnica de los Reglamentos de exención por categorías, que obedece a las previsiones del apdo. 3 del artículo 81 CE para salvar de la prohibición de su apdo. 1, determinados categorías de acuerdos por los beneficios generales que pueden reportar, determinan la nulidad conforme al apdo. 2 del mismo artículo de los acuerdos o contratos que no cumplan con las condiciones requeridas para su exención, nulidad que a su vez producirá determinadas consecuencias pero no autoriza a los contratantes a invocar ni el Tratado ni los Reglamentos a su conveniencia para modificar contratos vigentes únicamente los que les favorezca y, por tanto, rompiendo unilateralmente el equilibrio de intereses presente en el momento de la celebración de esos mismos contratos”.*

Efectivamente, los Reglamentos de Exención por Categorías establecen los requisitos concretos que debe cumplir un acuerdo para beneficiarse de una exención de la prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia. En el caso que nos ocupa, el Reglamento 2790/1999 (hoy sustituido por el 330/2010) otorga la exención de la prohibición a los llamados acuerdos verticales (como son los contratos de distribución o franquicias) entre operadores que no superen

determinada cuota de mercado y siempre que no se incluyan cláusulas especialmente restrictivas de la competencia (fijación de precios de reventa, prohibición de ventas pasivas, exclusividades de duración excesiva). Ahora bien, tampoco es exacto lo que dice el Tribunal Supremo acerca de que la técnica de los Reglamentos de Exención por Categorías determina la nulidad de los contratos que no cumplan con las condiciones requeridas para su exención. No cumplir con un Reglamento de Exención por Categorías no implica en puridad que el acuerdo sea ilícito. El acuerdo puede seguir estando cubierto por la exención del apartado 3 del artículo 81 del Tratado (hoy, artículo 101). Lo que ocurre en tal caso es que corresponde a las empresas determinar si se cumplen los requisitos de dicho apartado 3. Esto es lo que se conoce como autoevaluación. El problema que plantea esta autoevaluación es que, a diferencia de los Reglamentos de Exención por Categorías, el apartado 3 del artículo 81 formula los requisitos de forma muy abierta, por lo que determinar con certeza si se cumplen o no plantea dificultades. Por eso, la tendencia es a considerar que aquellos acuerdos que caen fuera del Reglamento, difícilmente pueden beneficiarse de una exención. Particularmente, si la cuota de mercado de los partícipes en el acuerdo es muy superior al 30%, que es el límite máximo para la aplicación del Reglamento que nos ocupa, o si se incluyen restricciones de las calificadas por dicho Reglamento como restricciones muy graves. Pero, insistimos, incumplir un Reglamento de Exención por Categorías no significa automáticamente la nulidad del acuerdo en cuestión.

4. DERECHO CONCURSAL

Calificación concursal y responsabilidad de administradores [SAP de Madrid-Sección 28, de fecha 28 de septiembre de 2010]. Por Juan Ignacio Fernández Aguado

En esta sentencia, la Audiencia Provincial de Madrid sostiene que declarado el concurso como culpable en virtud de la prueba de los hechos que integran alguna de las presunciones *iuris et de iure*, el tribunal no tiene ya que abordar en sede de responsabilidad concursal si la concreta conducta imputable a los administradores y determinante de la calificación es apta o no para generar o agravar la insolvencia, pues es un debate propio de la calificación no de sus consecuencias, sin perjuicio de

que pueda tenerse en cuenta, en su caso, como parámetro para modular el importe de la condena. Precisamente con base en esta facultad moderadora, la sentencia revoca parcialmente la de instancia que había impuesto a cada uno de los administradores la condena a pagar el 50% de la totalidad de los créditos que los acreedores concursales no perciban de la liquidación de la masa activa, excluyendo aquellos incrementos de deuda respecto de los cuales se había probado la actuación diligente de los administradores afectados por la calificación como culpable del concurso, reduciéndose de esta forma la cuantía de la condena.

Procedimiento tributario de apremio y embargo, y Ley Concursal (Auto del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Barcelona, de fecha 6 de octubre de 2010). Por Juan Ignacio Fernández Aguado

De conformidad con esta resolución, el criterio para determinar la preferencia del procedimiento administrativo o del judicial es la providencia de apremio, y no la diligencia de embargo. El procedimiento administrativo, sin embargo, pierde esa preferencia, otorgada por razones meramente temporales, cuando el bien o derecho sea necesario para la continuidad de la actividad del deudor, recayendo la competencia para resolver si el bien es o no necesario en el Juez del Concurso. Por ello la Administración Tributaria debe necesariamente dirigirse al órgano jurisdiccional a fin de que éste decida si los bienes o derechos específicos sobre los que pretende hacer efectivo el apremio son o no necesarios para la continuación de la actividad del deudor. En caso afirmativo, la Agencia Tributaria se coloca en idéntica situación que el resto de acreedores con procesos de ejecución iniciados antes de la declaración del concurso, es decir, la ejecución se suspende, entendida esta en su sentido concursal, que equivale a la pérdida de cualquier derecho del ejecutante sobre los bienes embargados y la plena integración de éstos en la masa activa del concurso.

Leasing y Concurso (SAP Barcelona-Sección 25, de fecha 9 de noviembre de 2010). Por Juan Ignacio Fernández Aguado

En esta ocasión la Audiencia Provincial de Barcelona analiza una cuestión del máximo interés: si un contrato de leasing pendiente de cumplimiento

al tiempo de declararse el concurso de acreedores, lo está respecto de las prestaciones de una sola de las partes o si lo está respecto de las dos. En lo que al arrendatario financiero se refiere, en relación con las cuotas no vencidas, no cabe duda de que tiene pendiente su cumplimiento, aunque no le fueran todavía exigibles por no estar vencidas. La cuestión entonces radica en determinar si cabe entender que la entidad de leasing tiene, o no, pendiente de cumplimiento alguna obligación.

A diferencia de anteriores pronunciamientos, la sentencia concluye que la entidad financiera ya había cumplido todas sus obligaciones con la cesión del bien objeto del contrato de leasing al arrendatario financiero. La obligación de entrega de la titularidad del bien, sólo surge en caso de ejercicio de la opción de compra por el arrendatario. En su consecuencia, el crédito que adeuda la concursada a la financiera deberá incluirse en la masa pasiva, sin perjuicio de su clasificación como créditos con privilegio especial conforme al artículo 90.1.4º LC que, no obstante lo cual y sin perder esta condición, excepcionalmente pueden ser satisfecho por la administración concursal con cargo a la masa para evitar su realización.

5. COMPETENCIA DESLEAL Y PUBLICIDAD

Mahou podrá seguir patrocinando a la selección española de Baloncesto, por ahora. Por Patricia Liñán

Un Juzgado de lo Mercantil de Madrid ha desestimado la solicitud de Heineken de prohibir cautelarmente a Mahou publicitar su marca *San Miguel* en las camisetas de la Selección Española de Baloncesto.

La solicitud de Heineken se basa en que, con la inclusión de su marca de cerveza en las camisetas de la Selección, Mahou está infringiendo varias normas estatales y autonómicas que prohíben la publicidad de bebidas alcohólicas en eventos deportivos, lo que a su vez constituye un acto de competencia desleal. Efectivamente, el apartado 2 del artículo 15 de la Ley 3/1991, de 10 de Enero, de Competencia Desleal considera ilícita *la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial* porque quien vulnera tales normas (Mahou,

en este caso) obtiene *deslealmente* una ventaja competitiva en el mercado frente a sus competidores que sí respetan tales normas.

El Auto analiza con cierto detenimiento la concurrencia de los requisitos clásicos de apariencia de buen derecho y peligro en la demora, necesarios para la concesión de medidas cautelares conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC).

De hecho, llama la atención que, en cuanto al primero de los requisitos, el Auto realiza algo más que *el juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de la pretensión* al que se refiere el artículo 728.2 LEC. Primero, lleva a cabo un análisis inusualmente detenido, para este estadio del procedimiento, sobre la cuestión de fondo. Segundo y más relevante aún, concluye, en términos poco ambiguos, que la conducta de Mahou está efectivamente prohibida, pese a que, en sede de medidas cautelares, no debe prejuzgarse el fondo el asunto.

Ahora bien, pese a la contundencia con la que el Auto llega a pronunciarse acerca de la concurrencia de *fumus*, desestima la medida cautelar solicitada por no concurrir el otro requisito necesario para la adopción de cualquier medida cautelar, esto es, el peligro en la demora. El motivo concreto es que Heineken venía tolerando la situación desde hacía tiempo- al menos, desde el Mundial de Japón de 2006-, lo que excluye por ley el *periculum*, tal y como se prevé en el inciso segundo del apartado 1 del artículo 728 de LEC: *No se acordarán medidas cautelares cuando con ellas se pretenda alterar situaciones de hecho consentidas por el solicitante durante largo tiempo, salvo que éste justifique cumplidamente las razones por las cuales dichas medidas no se han solicitado hasta entonces.*

En definitiva, pese a que el Auto desestima las pretensiones de Heineken en esta fase, no es difícil augurar una sentencia que ponga fin al procedimiento finalmente favorable a esta, vista la claridad con la que el Juzgador se manifiesta aquí sobre el buen derecho que le asiste.

6. NORMATIVA EN TRAMITACIÓN

“Proyecto de Ley por la que se modifican la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de

los intermediarios financieros, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y el Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas.” Por Ana Mondedeu

El pasado 15 de noviembre de 2010 el Gobierno de España presentó en el congreso el Proyecto de Ley mencionado (en adelante el “Proyecto de Ley”) basándose en la necesidad de enmendar ciertas deficiencias del sistema prudencial puestas de manifiesto por la crisis financiera.

El Proyecto de Ley tiene como objeto iniciar la trasposición de la Directiva 2009/111/CE², y para ello se modifican (i) la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros (“Ley 13/1985”), (ii) la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (“LMV”) y (iii) el Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre Adaptación del Derecho vigente en materia de Entidades de Crédito al de las Comunidades Europeas (“RDL 1298/1986”).

Con las modificaciones introducidas en la Ley 13/1985 y a la LMV:

- Se pretende la alineación de los incentivos del originador o patrocinador y del inversor en las estructuras de titulización, introduciendo la obligación a las entidades de cumplir con determinados requisitos que se desarrollarán mediante reglamento para permitir la exposición a posiciones de titulización y para iniciar una titulización.
- Se introducen varias medidas para reforzar la cooperación entre supervisores como son (i) la obligación del Banco de España y de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de tener en cuenta las repercusiones de sus decisiones sobre la estabilidad financiera de otros Estados miembros, (ii) el establecimiento y la regulación de los colegios de supervisores en Banco de España y en la Comisión Nacional del Mercado de Valores y (iii) la regulación de las decisiones conjuntas en el marco de la

² Directiva 2009/111/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009 por la que se modifican las Directivas 2006/48/CE, 2006/49/CE y 2007/64/CE en lo que respecta a los bancos afiliados a un organismo central, a determinados elementos de los fondos propios, a los grandes riesgos, al régimen de supervisión y a la gestión de crisis.

supervisión de grupos transfronterizos o de la posibilidad de declarar sucursales como significativas.

- Se pretenden establecer criterios para que los instrumentos de capital híbridos puedan ser admitidos como fondos propios básicos de las entidades de crédito. En este sentido, en el Proyecto de Ley se modifica el régimen para la computabilidad de las participaciones preferentes como recursos propios mediante establecido en la disposición adicional segunda de la Ley 13/1985 y se adecua este instrumento a los requerimientos internacionales que permiten garantizar que este tipo de instrumentos sea un instrumento efectivo para cumplir con los requisitos de solvencia de las entidades³.

Finalmente, y en la línea del refuerzo de la colaboración se regula el intercambio de información del Banco de España con el Banco Central Europeo mediante la modificación del RDL 1298/1986.

³La propia norma incluye un régimen transitorio para las emitidas con anterioridad a la entrada en vigor.

CMS Albiñana & Suárez de Lezo, C/ Génova, 27 – 28004 Madrid – España
T +34 91 451 93 00 – F +34 91 442 60 45 – madrid@cms-asl.com

CMS Albiñana & Suárez de Lezo es una de las firmas de abogados con más historia y prestigio del mercado español, con oficinas en Madrid, Sevilla y Marbella. Combinamos tradición y vanguardia, especialización y cercanía como valores para lograr la máxima satisfacción de los clientes.

Con cerca de 90 abogados, nuestra finalidad es mantener una relación estrecha de trabajo con el cliente para comprender y anticipar sus necesidades y estar a su entera disposición para llevar a cabo sus objetivos de negocio.

Como Despacho multidisciplinar, ofrecemos a través de nuestras distintas áreas de experiencia un servicio completo de asesoramiento legal y fiscal que cubre todas las necesidades de nuestros clientes.

CMS Albiñana y Suárez de Lezo pertenece a la organización CMS que integra a los principales despachos europeos independientes y cuya ambición es la de ser reconocida como la mejor firma de servicios legales y fiscales en Europa.

www.cms-asl.com | www.cmslegal.com

Los despachos miembros de CMS son: CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni (Italia); CMS Albiñana & Suárez de Lezo, S.L.P. (España); CMS Bureau Francis Lefebvre (Francia); CMS Cameron McKenna LLP (Reino Unido); CMS DeBacker (Bélgica); CMS Derks Star Busmann (Holanda); CMS von Erlach Henrici Ltd. (Suiza); CMS Hasche Sigle (Alemania) y CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH (Austria).

Las oficinas CMS son: **Ámsterdam, Berlín, Bruselas, Londres, Madrid, París, Roma, Viena, Zúrich,** Aberdeen, Argelia, Amberes, Arnhem, Beijing, Belgrado, Bratislava, Bristol, Bucarest, Budapest, Buenos Aires, Casablanca, Colonia, Dresde, Dusseldorf, Edimburgo, Estrasburgo, Frankfurt, Hamburgo, Kiev, Leipzig, Liubliana, Lyon, Marbella, Milán, Montevideo, Moscú, Múnich, Praga, Sao Paulo, Sarajevo, Sevilla, Shanghái, Sofía, Stuttgart, Utrecht, Varsovia y Zagreb.

Si no desea seguir recibiendo en el futuro este documento, envíe un correo electrónico a la dirección Cms-asl@cms-asl.com con el texto "BAJA".

Los asuntos tratados o reseñados en este Boletín han sido seleccionados de acuerdo con criterios subjetivos del Departamento Mercantil de CMS Albiñana & Suárez de Lezo, no siendo nuestro objetivo ni presentar una revisión completa de la actualidad mercantil ni realizar un examen exhaustivo de los asuntos tratados por lo que los comentarios vertidos no constituyen, en ningún caso, la opinión legal de CMS Albiñana & Suárez de Lezo.

© CMS Albiñana & Suárez de Lezo, S.L.P. (2010). Todos los derechos reservados. El derecho de cita respecto al contenido de este Boletín no autoriza a la transformación o modificación de los contenidos y opiniones publicados en él